

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière du droit international

Adam, Stanislas

*Published in:*  
C.D.P.K.

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Adam, S 2006, 'La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière du droit international: vers une consécration des potentialités constitutionnelles du troisième pilier ? ', *C.D.P.K.*, Numéro 2, p. 280-299.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière du droit international: vers une consécration des potentialités constitutionnelles du troisième pilier?

Stanislas ADAM - Assistant aux F.U.N.D.P. et à l'U.C.L.

Membre du centre Projucit<sup>1</sup>

Avocat au barreau de Bruxelles

## — RESUMÉ

La présente contribution se donne pour objet d'examiner les potentialités constitutionnelles du troisième pilier sous un angle original, à savoir le droit de la responsabilité pénale des personnes morales. Les relations qu'entretiennent ce type de responsabilité et le droit communautaire, plus spécifiquement le marché intérieur, sont tout d'abord étudiées. La suite du propos se consacre à la manière dont le droit international en général, celui de la coopération judiciaire européenne en matière pénale en particulier, abordent cette question. Les décisions-cadres les plus récentes retiendront notre attention, notamment quant à savoir s'il s'en dégage une confiance mutuelle accrue entre les Etats, seule voie possible vers la reconnaissance des jugements étrangers.

## — SAMENVATTING

Dit artikel heeft als doel de mogelijkheden die door de zogenaamde 'derde pijler' geboden worden te onderzoeken met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Vooreerst worden de relaties tussen deze aansprakelijkheid en het Europees Gemeenschapsrecht bestudeerd, en meer specifiek in het licht van de regels betreffende de interne markt. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de manier waarop het internationaal recht in het algemeen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen benadert. Hierbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de Europese justitiële samenwerking in strafzaken. De meest recente kader—besluiten komen aan bod in het onderzoek naar de vraag of zij een groeiend reëel wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten creëren, ten einde tot een wederzijdse erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen te komen.

Le droit européen<sup>2</sup> et le droit pénal n'étaient manifestement pas destinés à se rencontrer. A dire vrai, en

établissant les Traités originaires, les six Etats fondateurs des Communautés européennes « poursuivaient (...) un

<sup>1</sup> Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale ([www.projucit.be](http://www.projucit.be)).

<sup>2</sup> L'on parlera plus volontiers du droit de l'Union européenne en l'espèce, pour un double motif. D'une part, la matière visée par le présent article touche à la coopération en matière pénale, en manière telle que l'on se situe dans le champ d'investigations du 'troisième pilier', celui des articles 29 à 42 du Traité instituant l'Union européenne. Cette matière n'a pas encore fait l'objet d'une « communautarisation », à l'inverse du visa, de l'asile et de l'immigration, rangés sous un nouveau titre VI du Traité instituant la Communauté européenne depuis le Traité d'Amsterdam. D'autre part, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit en principe une suppression, à tout le moins formelle, de la structure pillarisée du droit européen, l'ensemble des matières ayant désormais vocation à être qualifiées de 'droit de l'Union'. Ainsi, l'article I-1, al. 1 de ce traité dispose comme suit : « Inspirée par la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les États membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs. L'Union coordonne les politiques des États membres visant à atteindre ces objectifs et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui attribuent ». Et

objectif de nature essentiellement économique »<sup>3</sup>. Il n'était dès lors pas étonnant que l'effort d'intégration internationale, avec pour mobile essentiel la pacification inter-étatique en Europe, ne se soit pas arrêté dès ce moment à une matière située aux confins les plus profonds de l'expression de la souveraineté collective sur l'individu<sup>4</sup>. C'est qu'en effet, le droit pénal porte d'abord et avant tout sur la préservation de la paix intérieure des États. L'improbabilité d'une telle rencontre est d'autant plus frappante lorsque l'on aborde cet aspect très particulier du droit répressif qu'est la prévention, la sanction et la lutte contre les infractions dont se rendent coupables les

personnes morales. La mise en œuvre d'une responsabilité de type pénale à charge des êtres moraux est loin d'aller de soi dans les différents systèmes répressifs nationaux en Europe. Les adages *societas non delinquere potest* ou *societas delinquere potest sed non puniri* semblent en effet encore et toujours ancrés, sinon dans les apparences de ces régimes, à tout le moins dans leurs réalités pratiques<sup>5</sup>. L'on notera d'emblée que « s'agissant des sanctions à l'encontre des personnes morales, il existe des différences considérables entre les États membres »<sup>6</sup>, certains d'entre eux prévoyant ce type de responsabilité<sup>7</sup> tandis que d'autres y demeurent plus ou moins opposés<sup>8</sup>.

l'article I-6 de compléter l'idée : « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres ». Il s'en déduit que le droit de l'Union ne formera plus qu'un tout, que l'étude des domaines du droit européen n'impliquera plus un réflexe dichotomique de distinction entre ce qui est 'communautaire' et ce qui est 'international'. Deux réalités nous empêchent toutefois de nous engager dès aujourd'hui dans ce type d'approche : premièrement, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe est loin d'être entré en vigueur ; deuxièmement, même si tel devait être le cas, il semble bien, à la lecture de l'incontournable et désormais célèbre Partie III de ce Traité (« Les politiques et le fonctionnement de l'Union ») que la suppression de la structure en piliers de l'Union/de la Communauté européenne est davantage un leurre qu'une réalité. Il suffit pour cela d'observer les règles qui régissent la coopération en matière pénale, au sein du titre consacré à l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice » (articles II-257 et s.). Pour ne prendre que cet exemple, l'article II-270, 3<sup>o</sup> édicte que, en matière de coopération judiciaire pénale, si un État estime qu'un projet de loi-cadre européenne porte atteinte à son système de droits fondamentaux, faculté lui est reconnue de renvoyer le dossier au Conseil européen. L'on sait que cet organe est le plus représentatif qui soit de la préservation de leur souveraineté par les États membres, ce qui ne fait que démontrer que le champ étudié demeure bel et bien, *de facto*, largement intergouvernemental. Ces considérations ne nous empêcheront toutefois pas d'aborder la matière de la responsabilité pénale des personnes morales également sous l'angle du droit communautaire (Voy. *infra*, point I).

<sup>3</sup> M. JAEGER, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit », in *Le droit bancaire confronté au droit pénal européen-Colloque UBLDP*, Luxembourg, 2004, p. 3.

<sup>4</sup> Le même auteur note en effet : « (...) Le droit pénal peut certainement être considéré comme l'une des expressions les plus manifestes de la souveraineté nationale, en ce qu'il concerne la sécurité intérieure de l'État, l'ordre public et les libertés fondamentales » (*Ibidem*). Anne WEYEMBERGH écrit également en ce sens : « La loi pénale, respectueuse de l'idée de la souveraineté de l'État est, dans son principe, territorialiste » (A. WEYEMBERGH, « Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires – un nouveau défi pour l'Union européenne », *J.T.D.E.*, Oct. 2001, p. 193).

<sup>5</sup> Le Colloque réalisé par le Centre PROJUCIT de la Faculté de droit de Namur, le 6 mai 2004, a ainsi été l'occasion de démontrer combien l'adoption de la loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (*M.B.*, 22 juin 1999, c.v. 2 juillet 1999) ne signifiait pas pour autant que ce type d'initiative épouse décemment les contours et les exigences de la pratique quotidienne (Voy. M. NIHOUL (s.l.d.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique - Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique après cinq années d'application*, Actes du Colloque organisé à la Faculté de droit de Namur le 6 mai 2004, Bruxelles, La Charte, 2005, 429 p.).

<sup>6</sup> Commission européenne, Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, COM/2004/0334 final, point 3.1.6.

<sup>7</sup> La Commission cite la France, l'Irlande, le Royaume-Uni, la Belgique et les Pays-Bas. Sur le régime en vigueur aux Pays-Bas, voy. : J. VERVAELE, « La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Entre pragmatisme et dogmatisme juridique », *Rev. sc. crim. (Fr.)*, 1997, liv. 2, pp. 325-346 ; D. ROEFF, T. DE ROOS, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland : rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten », in X., *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Anvers, Intersentia, Série 'Ius Commune Europeanum', n° 25, 1998, pp. 49-121. Sur les aspects français du droit de la responsabilité pénale des personnes morales, voy. : C. MOULOINGUI, « La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France », *Rev. dr. pén.*, 1995, pp. 143-161.

<sup>8</sup> Tel est le cas, par exemple, de l'Autriche ou du Luxembourg.

Rapidement est apparue une « tension »<sup>9</sup> entre le développement d'une Europe concentrée sur son développement économique et le droit pénal national. Sous l'impulsion notamment de la Cour de Justice des Communautés européennes, l'idée naquit et se consolida peu à peu, selon laquelle les traités européens constituent la « charte constitutionnelle d'une communauté de droit »<sup>10</sup>. Faisant œuvre créatrice audacieuse, la Cour put de la sorte considérer qu'il n'était pas de raison valable à ce que les Etats membres puissent, par la voie de leurs systèmes répressifs, mettre à mal l'efficacité du droit communautaire<sup>11</sup>. Le Traité de Maastricht, sur l'Union européenne<sup>12</sup>, fut l'occasion d'engager cette dernière sur une nouvelle voie ; il ne s'agirait plus d'appréhender la matière pénale en tant qu'instrument des politiques économiques de la Communauté, mais bien de développer, dans le cadre intergouvernemental du troisième pilier, des initiatives propres et indépendantes<sup>13</sup>. Depuis la 'communautarisation partielle' du troisième pilier par le Traité d'Amsterdam<sup>14</sup>, la coopération judiciaire en matière pénale est demeurée l'un des principaux aspects intergouvernementaux de la création d'un espace de li-

berté, de sécurité et de justice<sup>15</sup>.

L'objectif de la présente contribution est d'identifier les principes essentiels qui guident aujourd'hui les relations entre le droit européen<sup>16</sup>, qu'il soit communautaire ou de l'Union européenne, et la question sensible de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales. L'approche de cette question ne se veut toutefois pas uniquement descriptive : l'on s'efforcera de préconiser quelles évolutions peuvent être souhaitées et, d'une façon plus générale, là où il conviendrait de porter le fer à l'élaboration d'un cadre normatif international cohérent.

Une première section est consacrée aux liens qu'entretiennent la responsabilité pénale des personnes morales et le fonctionnement du marché intérieur, dans le cadre supranational des Communautés européennes (I). Ceci sera l'occasion d'appréhender, tout d'abord, la mesure dans laquelle la Cour de Justice estime que l'élaboration de régimes internes de sanction pénale contre les personnes morales est ou non compatible avec les libertés de circulation visées par le Traité sur la Communauté européenne. Ensuite, il s'agira de savoir si le droit euro-

<sup>9</sup> M. JAEGER, *op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup> CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Rec.* 1991, p. I-6079, point 21.

<sup>11</sup> CJCE, *Procédure pénale contre Hansen & Soen*, C-326/88, 10 juillet 1990, *Rec.* 1990, p. I-2911. Cet arrêt précise en effet : 'Lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction pour sa violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif' (point 17 de l'arrêt).

<sup>12</sup> J.O. 1992 C 191, 27 juillet 1992.

<sup>13</sup> 'Avec l'adoption en 1992 du traité UE à Maastricht, l'Union européenne a été dotée de compétences propres en matière pénale' (M. JAEGER, *op. cit.*, p. 36). L'auteur évoque à cet égard un véritable 'renversement' auquel le traité d'Amsterdam a procédé en conférant à l'Union européenne ces nouvelles prérogatives, en totale opposition avec l'instrumentalisme, l'accessoriété qui prévalaient autrefois dans ce domaine.

<sup>14</sup> J.O. 1997 C 340, 10 juillet 1997.

<sup>15</sup> Cet objectif est visé aux articles 2, quatrième tiret et 29, al. 2 du traité sur l'Union européenne et forme le Chapitre IV du traité établissant une Constitution pour l'Europe (Voy. *supra*, note 1). Sur cette notion, voy. D. GRISAY et D. PICCININNO, « L'espace européen de justice », *J.T.E.*, Avril 2005, pp. 97-103 ; Plan d'action du 3 décembre 1998, du Conseil et de la Commission, concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, J.O. 1999 C 19, 23 janvier 1999 ; J. MESSINNE, « Un droit pénal européen embryonnaire : le Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes », in Y. POULLET, H. VUYE (Ed.), *Liber Amicorum Jean Du Jardin*, Anvers, Kluwer, 2001, pp. 341-362 ; A. WEYEMBERGH, « Vers un réseau judiciaire européen contre la criminalité organisée », *Rev. dr. pén.*, 1997, pp. 868-900 ; A. WEYEMBERGH, « A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen », in X., *Le nouveau modèle européen. Volume 2. Les politiques internes et externes*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2000, pp. 31-46 ; M. DELMAS-MARTY, « Union européenne et droit pénal », *C.D.E.*, 1997, pp. 607-653 ; A. WEYEMBERGH, « La coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne », in X., *L'Europe et ses citoyens*, Bruxelles, Presses Universitaires – Peter Lang, 2000, pp. 167-182.

<sup>16</sup> Ou, plus généralement, international (cfr. *infra*, point II).

péen dérivé, en ce qu'il érige des sanctions pour assurer son respect, impose aux Etats membres la mise sur pied d'un régime de sanction pénale des personnes morales.

Une seconde section s'attache à analyser quelles sont les sources qui, en droit international, et donc au niveau intergouvernemental, promeuvent la naissance et la construction de régimes nationaux de responsabilité pénale des personnes morales (II). Après avoir rappelé la teneur des discussions qui, à l'origine, sont nées autour de l'incrimination du comportement des êtres moraux, seront étudiés les actes de *soft law* ou de *hard law* érigés par quatre organisations internationales, à savoir le Conseil de l'Europe, l'OCDE, les Nations-Unies ainsi que l'Union européenne. Les potentialités constitutionnelles du troisième pilier retiendront notre particulière attention.

Enfin, avant de conclure (IV), il a paru essentiel de déterminer quels sont les problèmes essentiels que suscitent les disparités de régimes entre Etats européens, mises en évidence dans les deux premières sections (III). Seront à ce titre abordés, d'une part, le principe de la double incrimination, d'autre part la problématique de la reconnaissance des jugements prononcés définitivement à l'étranger.

## 1. La responsabilité pénale des personnes morales et le fonctionnement du marché intérieur : la voie supranationale

Deux questions méritent d'être posées, s'agissant des liens que peuvent entretenir la responsabilité pénale des personnes morales d'une part, et la réalisation du marché intérieur de l'autre. L'on se doit dans un premier temps

de déterminer si et dans quelle mesure les quatre libertés de circulation protégées par le Traité instituant la Communauté européenne ne s'opposent pas à la création d'infractions à la charge des êtres moraux<sup>17</sup> (a.). Dans un second temps, l'on ne peut négliger l'analyse des sanctions érigées par le droit communautaire positif à l'effet de savoir s'il s'en déduit une obligation, pour les Etats membres, d'harmoniser leur droit positif en instaurant, dans certains cas déterminés ou pour certains types d'infractions, une responsabilité pénale des personnes morales (b.).

### a. L'harmonisation négative : le droit européen empêche-t-il l'incrimination des comportements des personnes morales ?

La première question a trait à la délicate problématique de l'« harmonisation négative », ce que l'on surprend parfois à qualifier d'« effet paralysant » du marché, ou de « dépenalisation » par le droit communautaire<sup>18</sup>. Lorsque l'exercice d'une liberté est limité, voire anéanti, par l'application d'une disposition nationale pénale, l'amalgame composé de l'immédiateté d'application, de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire commande que la mesure interne en cause soit écartée. Telle est la condition qui s'attache au 'plein effet' du droit européen<sup>19</sup>. Il ne fait pas de doute que l'élaboration d'un régime national de responsabilité pénale des personnes morales limite la liberté de ces dernières à s'établir sur un territoire ainsi réglementé<sup>20</sup> ; alors que la qualité d'être moral de telles entités suffit à les immuniser personnellement dans d'autres pays<sup>21</sup>, le fait de s'établir sur un territoire qui organise ce type de responsabilité leur fait encourir le risque de subir la sanction répressive.

<sup>17</sup> De même que, par voie de conséquence, des peines.

<sup>18</sup> M. JAEGER, *op. cit.*, p. 8.

<sup>19</sup> CJCE, *Carvalho*, 11 décembre 2003, C-408/02, non publié ; *Morellato*, 198 septembre 2003, C-416/00, *Rec.* 2003, p. I-9343 ; *Pansard e.a.*, 16 janvier 2003, C-265/01, *Rec.* 2003, p. I-683.

<sup>20</sup> Cette liberté est garantie par l'article 43 du Traité établissant la Communauté européenne.

<sup>21</sup> Sous réserve, s'entend, de la responsabilité pénale de leurs représentants, gérants, dirigeants ou autres personnes investies d'un pouvoir de décision. Ce type de responsabilité est au demeurant beaucoup plus communément admis que la répression de l'être moral lui-même. Ainsi, le Luxembourg, pays opposé jusqu'à présent à admettre conceptuellement qu'une personne morale puisse faire l'objet d'une sanction pénale, n'hésite pas à condamner et sanctionner les comportements délictueux des personnes qui y exercent un pouvoir décisionnel. La loi adoptée par le Luxembourg le 23 mai 2005, modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal et portant approbation de divers textes de droit européen et de droit international ayant pour but de lutter contre la corruption, en est l'illustration. Ce récent amendement législatif complète le Code pénal de deux nouveaux articles, lesquels incriminent la corruption active et passive des personnes qui exercent soit une fonction dirigeante auprès d'une personne physique ou morale, soit ont la qualité de mandataire, soit travaillent à tout autre titre pour une personne physique ou morale (Voy. : <http://www.cc.lu/merkur.php?type=chro&id=17>, le 27 août 2005). Des doutes peuvent toutefois être émis sur le fait que la mise

Plus, si le régime pénal en question ne limite pas l'incrimination aux personnes morales qui disposent sur son territoire d'un établissement principal, mais s'applique également à réprimer les personnes morales étrangères, il pourrait y avoir *a priori* une limitation interdite à la libre prestation des services, en contrariété à l'article 39 du traité établissant la Communauté européenne.

Encore faut-il cependant, pour que de telles méconnaissances à l'ordre communautaire soient identifiées, que les Etats membres ne puissent justifier un régime répressif organisant une responsabilité pénale des personnes morales par des motifs admissibles et proportionnés. Et l'on conviendra sans trop de peine que cette justification coule de source en l'espèce<sup>22</sup>. Il suffit de constater, pour s'en convaincre, que la Cour de justice des Commu-

nautés européennes admet, parmi ces objectifs légitimes, la *lutte contre la fraude*<sup>23</sup> ou, plus généralement, l'efficacité du système pénal<sup>24</sup>. Quand on sait combien la criminalité de l'entreprise occupe aujourd'hui une place de choix dans les discussions qui s'animent autour de l'évolution des systèmes pénaux européens, ainsi que de la préservation de leur efficacité<sup>25</sup>, l'on ne peut plus raisonnablement soutenir que de telles initiatives sont contraires au droit communautaire. Tel est d'ailleurs le choix opéré par l'Union européenne elle-même lorsqu'elle appréhende la protection de ses intérêts financiers<sup>26</sup>. La seule frontière nettement définie à cette liberté touche au respect du principe d'égalité dans les sanctions qui peuvent être infligées aux personnes morales coupables d'infractions. En d'autres termes, « la sanction doit

sur pied de ces mesures répond aux exigences formulées par les normes internationales et européennes dont elles se revendiquent (voy. *infra*, section II). Sur les difficultés particulièrement aiguës que ce pays rencontre dans la confrontation de son droit répressif au phénomène d'internationalisation, voy. : M. JAEGER, « Les propositions 'Espace judiciaire européen' confrontées à la situation au Luxembourg », *Rev. sc. crim.*, avril-juin 1997, pp. 347-349. L'auteur nous apprend entre autres un constat qui demeure inchangé depuis lors : *'Le droit pénal luxembourgeois n'admet pas la responsabilité pénale des personnes morales'* (p. 348).

<sup>22</sup> Aucun Etat membre n'a, à ce jour, fait l'objet d'une condamnation, directe (par la voie du recours en manquement, visé aux articles 226 et 227 du traité établissant la Communauté européenne) ou indirecte (par la voie de la question préjudicielle en interprétation, visée à l'article 234 du même traité) par la Cour de Justice pour avoir mis sur pied un tel régime.

<sup>23</sup> CJCE, *Schindler*, C-275/92, 24 mars 1994, *Rec.* 1994, p. I-1039 ; *Läara microsystems*, C-124/97, 21 septembre 1999, *Rec.* 1999, p. I-6067 ; *Zenatti*, C-6798, 21 octobre 1999, *Rec.* 1999, p. I-7289 ; *Anomar e.a.*, C-6/01, 11 februari 2003, *Rec.* 2003, p. I-8621 ; *Gambelli e.a.*, C-243/01, 6 novembre 2003, *Rec.* 2003, p. I-13031.

<sup>24</sup> On notera que cette efficacité, pour les raisons qui seront étudiées plus loin (sections II et III), n'est pas atteinte si, d'une part, un certain consensus entre Etats membres n'est pas dégagé sur le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales, d'autre part si, entre les Etats qui ont instauré cette dernière, de trop grandes différences de régimes existent. Cette remarque ne préjudicie toutefois pas le constat que la Cour de Justice abandonne très largement aux Etats, dans le cadre de l'examen des quatre libertés de circulation, le choix de l'opportunité de réprimer pénalement des comportements. Autrement dit, l'on ne peut s'attendre à ce que la Cour remette en cause les régimes nationaux de responsabilité pénale des personnes morales pour le simple motif que ces derniers seraient, dans les faits, largement inefficaces.

<sup>25</sup> Notamment au regard des phénomènes de concentration économique, de globalisation du commerce et de mondialisation de l'économie.

<sup>26</sup> On notera la toute particulière relevance de certains des mobiles repris au Préambule du Deuxième Protocole, établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, du 19 juin 1997 (J.O. C n° 221, p. 12) où il est en effet permis de lire : *'(...) Conscientes du fait que les intérêts financiers des Communautés européennes peuvent être lésés ou menacés par des actes commis au nom de personnes morales et des actes visant au blanchiment de capitaux ; convaincus de la nécessité d'adapter, le cas échéant, les législations nationales, de telle sorte qu'elles prévoient que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'actes de fraude ou de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte, qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes (...)'*. Ce second Protocole, adopté dans le cadre normatif offert par le troisième pilier, celui de la justice et des affaires intérieures en matière pénale, prévoit par effet de conséquence, en son article 3, que les Etats qui s'y seront engagés doivent tenir les êtres moraux responsables de tels actes. Même si ces termes n'induisent pas forcément une responsabilité de type pénale (des sanctions administratives pouvant rencontrer les exigences du Protocole), ce ne serait qu'à peine d'une contradiction peu acceptable que l'Europe sanctionnerait, au nom du fonctionnement du marché, un Etat créant ce type de responsabilité. L'on y reviendra. On n'aperçoit pas, pour l'anecdote, la raison pour laquelle cette conclusion devrait être limitée aux seules infractions susceptibles d'avoir des implications financières graves pour la Communauté (telle, par exemple, une fraude de type « carrousel » à la TVA). Au-delà du constat que le droit pénal des personnes morales n'est en rien un domaine réservé du droit européen (loin s'en faut, on le verra), il



être cohérente par rapport aux sanctions infligées aux nationaux pour des comportements similaires »<sup>27</sup>. Cette exigence ne trouve pas exclusivement à interdire des discriminations ouvertes, mais également toute forme de discrimination indirecte<sup>28</sup>. Il conviendra naturellement, et comme à l'habitude, de garder ces préceptes bien à l'esprit chaque fois qu'il est question de mettre sur pied un régime de répression pénale des personnes morales.

***b. Les conséquences du droit communautaire positif : l'effectivité du droit européen impose-t-elle la création de sanctions pénales à l'endroit des personnes morales ?***

La seconde question porte, quant à elle, sur les conséquences qu'il revient de tirer de la législation communautaire en vigueur sur la responsabilité pénale des personnes morales<sup>29</sup>. La question touche au régime des sanctions qui affublent le respect de la législation communautaire elle-même. Autrement dit, les Etats membres se sont-ils entendus sur un régime qui inclurait, fût-ce implicitement ou pour certains domaines très précis, la responsabilité pénale des personnes morales pour le cas où une violation du droit communautaire est constatée dans le chef de particuliers ?

***b.1. La compétence de la Communauté***

Ceci conduit tout d'abord à s'interroger sur la compétence dont jouit la Communauté européenne pour assurer le respect du droit dérivé de sanctions de nature pénale à charge des personnes morales.

La Cour de Justice s'est indirectement prononcée à ce sujet dans un arrêt du 13 septembre 2005<sup>30</sup>. En l'espèce, la Commission sollicitait l'annulation de la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil, du 21 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Cette norme, adoptée sur la base de l'article 34 du Traité UE, définit un certain nombre d'infractions à l'environnement, pour lesquelles les Etats membres sont invités à prévoir des sanctions de nature spécifiquement pénale. S'agissant des méfaits des personnes morales, la Décision-cadre se veut toutefois moins directive, des mesures administratives ou civiles étant en principe satisfaisantes. La Commission contestait le choix de la base légale utilisée par le Conseil. Selon elle, la finalité et le contenu de la décision-cadre ressortissaient des compétences communautaires dans le domaine de l'environnement. Dans la mesure où aucune des dispositions du Traité CE ne saurait être affectée par le Traité UE<sup>31</sup>, la Cour vérifie si la décision-cadre aurait pu être fondée sur l'article 175 du Traité CE. La Cour affirme que si « la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté », ceci n'empêche pas le législateur communautaire « de prendre les mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »<sup>32</sup>. Puisque la fixation de sanctions de nature pénale ne sort pas du champ du droit communautaire, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité de ce dernier, l'article 175 du Traité CE aurait dû constituer la base de la norme contestée.

Trois enseignements se dégagent de cet arrêt. Tout d'abord, le pilier consacré à la coopération judiciaire en matière pénale n'a pas d'effet 'absorbant', impliquant que

faut concéder aux Etats membres la préservation d'un espace décisionnel, en souveraineté, sur les sanctions qu'ils estiment nécessaires au maintien de l'ordre, de la sécurité et de la santé publics, sanctionnant les comportements, actes ou abstentions, des groupements ou associations dont la personnalité est distincte de leurs membres individuels.

<sup>27</sup> M. JAEGER, *op. cit.*, p. 19.

<sup>28</sup> Ainsi pourrait-il en être du cas où des sanctions plus fortes sont applicables à des formes de sociétés inconnues du droit interne de l'Etat de la sanction, mais qui sont au contraire autorisées selon la législation de tout ou partie des autres Etats membres, ou encore l'application systématique d'un coefficient multiplicateur des amendes supérieur à l'égard des filiales de sociétés étrangères ou de sociétés dont les parts sont détenues majoritairement par des actionnaires ressortissants d'autres Etats membres.

<sup>29</sup> L'on exclut de cette manière toutes les initiatives issues du traité sur l'Union européenne, étudiées plus loin dans le propos.

<sup>30</sup> Aff. C-176/03, *Commission contre Conseil*, 13 sept. 2005, *J.O. C* n° 315 du 10 déc. 2005, p. 2. Cet arrêt a donné lieu à une communication de la Commission européenne (Communication de la Commission au Parlement et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 sept. 2005, COM (2005) 583 final, 23 nov. 2005). Voy. à ce sujet les récentes contributions suivantes : D. PICHOUSTRE, « La compétence pénale de la Communauté », *J.T.D.E.*, 2006, n° 125, pp. 10 à 16 ; M.I. VELDT-FOGLIA, « Toch Strafrecht in de Eerste Pijler », *N.T.E.R.*, 2006, pp. 29 à 34.

<sup>31</sup> Art. 47 du Traité UE.

<sup>32</sup> Points 47 et 48 de l'arrêt.

toute norme imposant une certaine forme d'harmonisation de la législation pénale des Etats membres demeurerait sous son emprise. Bien au contraire, toutes les fois qu'une telle norme se rattache au droit communautaire, tant par son contenu que par ses buts, elle ne peut trouver son fondement que dans le Traité CE<sup>33</sup>. Ensuite, la seule harmonisation autorisée est celle qui est strictement nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire et ne porte en principe pas sur le contenu de la sanction<sup>34</sup>. Enfin, la Cour ne paraît à aucun moment remettre en cause la faculté dont jouit le législateur communautaire de mettre en œuvre ces principes à l'endroit des personnes morales. Force est pourtant de constater qu'ici comme ailleurs, cette faculté est à ce jour demeurée lettre morte<sup>35</sup>.

### *b.2. L'absence de contrainte explicite ou implicite*

Les Etats membres ne se sont pas entendus sur un régime qui inclurait explicitement la responsabilité pénale des personnes morales pour le cas où une violation du droit communautaire est constatée dans le chef de particuliers<sup>36</sup>. La Directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil, du 26 octobre 2005<sup>37</sup>, en est une récente illustration. Cette Directive se donne pour but la prévention et la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme par l'utilisation du système financier. Son article 39, même s'il prévoit un régime de sanctions tant à l'endroit des personnes physiques que des personnes morales, n'impose pas la mise en œuvre d'un régime répressif des êtres moraux<sup>38</sup>.

Implicitement, ensuite, le droit dérivé contraint-il à

l'introduction d'une responsabilité spécifiquement pénale à charge des personnes morales ? La Cour de justice fournit une ébauche de réponse. Elle avait à se prononcer, par voie préjudicielle, sur les effets de l'article 15 du Règlement CEE du Conseil du 20 décembre 1985, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route<sup>39</sup>. Le tribunal de police de Hasselt avait, par une ordonnance du 22 décembre 1989, sollicité de la Cour qu'elle réponde notamment à la question de savoir si cette règle impliquait irrémédiablement une introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans les législations nationales<sup>40</sup>. Une procédure pénale était engagée contre un chauffeur, employé par une société de transport, pour le non-respect des périodes de conduite et de repos fixées par le règlement envisagé plus haut, de même que contre les personnes qui, au sein de cette entreprise, étaient supposées faire respecter le Règlement. L'entreprise elle-même avait été citée en tant que civilement responsable des dirigeants de l'entreprise. L'article 15 du règlement précité dispose notamment que l'entreprise « organise le travail des conducteurs de telle manière qu'ils puissent se conformer (à ses) dispositions appropriées (...) », et « vérifie régulièrement si les deux règlements ont été respectés ». La Cour, dans son arrêt du 2 octobre 1991<sup>41</sup>, commença par rappeler sa jurisprudence constante en vertu de laquelle « lorsqu'un règlement communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation mais renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, les Etats membres conservent un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions »<sup>42</sup>. Les seules exigences, traditionnelles, limitant cette discrétion tiennent « à ce que les violations d'un règlement commu-

<sup>33</sup> Cette situation risque de se présenter de plus en plus fréquemment si l'on considère l'extension continue des compétences communautaires.

<sup>34</sup> Point 52 de l'arrêt. Voy. aussi : conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer du 26 mai 2005, dans l'affaire C-176/03, précitée.

<sup>35</sup> Voy. *infra*, point 1.2.2.

<sup>36</sup> Voy. not. : A. HUET, « L'impact du droit communautaire sur le droit pénal », in X., *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Série 'Collections de l'Université Robert Schuman – Centre d'Etudes Internationales et Européennes', 2003, pp. 13-26.

<sup>37</sup> Directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *J.O. L 309*, du 25 novembre 2005, pp. 15 à 36.

<sup>38</sup> La Directive s'inspire en cela des décisions-cadres adoptées au titre de la coopération judiciaire en matière pénale (voy. *infra*, point 2.5).

<sup>39</sup> Règlement n° 3820/85, *J.O. L n° 370*, du 31 décembre 1985, pp. 0001-0007.

<sup>40</sup> CJCE, *Procédure pénale contre Paul Vandevenne, Marc Wilms, Jozef Mesotten et Wilms Transport NV*, C-7/90, 2 octobre 1991, *Rec.* 1991, p. I-04371.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Point 11 de l'arrêt.



nautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national, d'une nature et d'une importance similaires<sup>43</sup> et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »<sup>44</sup>. La Cour en a déduit que les dispositions normatives en question, même combinées aux exigences tenant à la coopération loyale<sup>45</sup>, ne pouvaient en aucune façon s'interpréter comme une obligation d'introduire un régime de responsabilité pénale des personnes morales en droit interne<sup>46</sup>.

Cette relative latitude dans la fixation de la (des) sanction(s) applicable(s) dans le cas où une infraction à la législation communautaire peut être constatée est une constante<sup>47</sup>, avec cette conséquence que l'arrêt de la Cour qui vient d'être cité, loin d'avoir perdu de son intérêt, permet aujourd'hui encore de conclure que le droit matériel de la Communauté européenne n'emporte pas de contrainte à charge des Etats membres en vue de l'introduction de ce type de responsabilité.

<sup>43</sup> L'on parlera de la limite d'égalité. Celle-ci, couplée à celle de l'effectivité (ci-après), fait aujourd'hui partie intégrante de la jurisprudence constante de la Cour de justice. Voy. not. à ce sujet : CJCE, *Rewe Zentralfinanz*, C-33/76, du 16 décembre 1976, *Rec.* 1976, p. 1989 ; *Comet*, C-45/76, du 16 décembre 1976, *Rec.* 1976, p. 2043 ; *Just*, C-68/79, du 27 février 1980, *Rec.* 1980, p. 501 ; *San Giorgio*, C-199/82, du 9 novembre 1983, *Rec.* 1983, p. 3595 ; dans la littérature juridique, voy. P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », *R.T.D.E.*, 2000, pp. 75-102. Un auteur a remarquablement défini la limite d'égalité dont il s'agit ici : '*According to this principle the (procedural) rules governing actions for safeguarding Community rights must not be less favourable than the rules governing actions for safeguarding similar domestic rights. Or, in other words : Community claims must be treated equally to claims based on national or domestic law*' (R. WIDDERSHOVEN, « European administrative law », in R. SEERDE and F. STROINK (Ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative Analysis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Uitgevers, 2002, p. 4).

<sup>44</sup> On reconnaît ici la limite classique d'effectivité : '*According to this principle, the rules governing procedures in which rights conferred by Community law are at time, must not render the exercise of these rights virtually impossible or excessively difficult. Whether a procedural provision is incompatible with this requirement must be determined by reference to the role of that provision in the procedure*' (*Ibidem*). Et l'auteur de poursuivre, dans le prolongement de la jurisprudence *Van Schijndel* (C-430/93, *Rec.* 1995, p. I-4705) : '*In the light of that determination the basic principles of the domestic judicial system, such as the protection of the rights of defence, the principles of legal certainty and the principle of proper conduct of proceedings, must be taken into consideration*'.

<sup>45</sup> A l'époque de l'arrêt, cette contrainte était visée à l'article 5 du traité établissant la Communauté européenne. Aujourd'hui, elle est reprise dans l'article 10 de ce même traité.

<sup>46</sup> Point 13 de l'arrêt. Ce constat est confirmé par un auteur, dans un commentaire qu'il a fait précisément sur les relations qui peuvent être établies entre la responsabilité pénale des personnes morales et le droit des transports : '*Pour être mise en œuvre, la RPPM doit avoir été spécialement édictée par un texte pénal, donc un texte ou une combinaison de textes définissant l'acte incriminé et prévoyant une sanction*' (P. BOURION, « Transport et responsabilité pénale des personnes morales », in X, *La responsabilité pénale du transporteur en Europe-Actes de la Conférence Internationale des Avocats européens (Région Paca-Marseille, 11 oct. 2002)*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 23). L'on notera que la Cour Bénélux avait, dès 1979, été saisie d'une question identique et avait statué également en ce sens. D'après cette juridiction, la Loi uniforme du 19 mars 1962 sur les marques et produits n'induisait pas une obligation pour les Etats membres d'introduire dans leur système répressif une responsabilité pénale des personnes morales (C.J. Benelux, n° A 78/2, du 6 juillet 1979 (*Pfizer / Meditec et Van den Broeck*), C.J. Benelux – *Jurispr.*, 1975-1979, p. 191, concl. J. ROUFF).

<sup>47</sup> L'on n'a pu identifier de législation communautaire directement assortie de telles exigences. Sur cette question, voy. not. : C. HENNAU-HUBLET, « Les sanctions en droit communautaire : réflexions d'un pénaliste », in X., *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, Série 'Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain', n°27, 1996, pp. 487-502 ; A. HUET, « L'impact du droit communautaire sur le droit pénal », in X., *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Série 'Collections de l'Université Robert Schuman – Centre d'Etudes Internationales et Européennes', 2003, pp. 13-26.

## 2. La responsabilité pénale des personnes morales et le droit international : la pluralité des voies intergouvernementales<sup>48</sup>

Dans la mesure où le droit pénal est traditionnellement un domaine réservé de la souveraineté nationale, l'on ne s'étonnera point de trouver davantage d'illustrations de l'objet du présent propos dans les sources purement intergouvernementales du droit international. Il s'agira de (re)découvrir les fondements de la discussion qui s'est animée, sur la scène du droit international, autour de la répression des comportements condamnables des personnes morales (*a.*). Dans un second temps, les activités du Conseil de l'Europe retiendront notre attention (*b.*). Une troisième section est consacrée à la Convention sur la lutte contre la corruption adoptée au niveau de l'OCDE (*c.*), tandis que la quatrième section examine une Convention sur le même thème, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies (*d.*). La dernière section met en lumière les avancées à mettre à l'actif du troisième pilier de l'Union européenne (*e.*). L'ordre de présentation suivi ne présente donc pas de continuité géographique, puisque l'on débute par le Conseil de l'Europe, pour évoluer vers des organisations à vocation régionale plus vaste (OCDE) voire universelle (Nations-Unies), avant de revenir au cadre limité de l'Union européenne. Cette façon de procéder présente toutefois une logique chronologique : la responsabilité pénale des personnes morales s'est d'abord révélée sous l'impulsion des Recommandations adoptées par le Conseil de l'Europe, pour trouver

ensuite un écho à des échelons plus vastes et, enfin, donner lieu à une ébauche d'appareil normatif au niveau de l'Union européenne.

### *a. Les discussions originelles*

L'appréhension de la responsabilité pénale des personnes morales dans sa dimension internationale ne date pas d'hier<sup>49</sup>. En effet, dès 1929, le deuxième congrès international de droit pénal, à Bucarest, avait exprimé le souhait « qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le but de satisfaire les intérêts collectifs desdites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entraînent ainsi leur responsabilité »<sup>50</sup>. Ce faisant, les acteurs de l'élaboration du droit pénal international exprimaient toute leur conscience du fait que la création d'opérateurs économiques dotés d'une personnalité juridique distincte, surtout dans un monde voué au capitalisme et aux gains du marché, ne pouvait se passer d'une évolution simultanée des régimes juridiques, de manière à ce que ces derniers puissent utilement faire face aux tentatives d'évitement dont pourraient se rendre coupables les dirigeants économiques<sup>51</sup>. Les entreprises n'étant certainement pas, sauf exception, vouées indubitablement à limiter leurs activités au territoire de leur établissement, il devenait logique d'envisager cette évolution sous l'angle international<sup>52</sup>. Ce n'est toutefois pas à dire que les réticences n'existaient pas<sup>53</sup>. Encore aujourd'hui, des auteurs s'émouvent de ce que « l'incrimination pénale des

<sup>48</sup> Pour un aperçu antérieur de cette matière, voy. G. HEINE, « Rethinking Criminal Liability of Enterprises : International Developments, Basic Models, National Consequences », in X., *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, op. cit., pp. 163-178.

<sup>49</sup> F. DERUYCK, « Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge ? », *J.T.*, 1997, p. 697.

<sup>50</sup> *R.I.D.P.*, 1930, p. 10.

<sup>51</sup> Celia WELLS partage cette opinion, lorsqu'elle écrit : « Globalisation, leading to pressures for convergence and harmonisation of laws, constitutes an important factor influencing the modern debate about corporate accountability ». Elle poursuit : « Concerns about the reach and power of global corporations, their involvement in fraud, economic crimes, corruption, health and safety breaches and environmental depredations are reflected in the recent appearance of criminal liability on national and international law reform agendas » (C. WELLS, « International Trade in Models of Corporate Liability », in X., *Verso Codice Penale Modello Per l'Europa la Parte Generale*, Foundations Lux et Lex, University of Parma, 2000, p. 1).

<sup>52</sup> Sinon, « comment dissuader de quoi que ce soit un être qui n'est pas capable par lui-même de souffrir, de redouter, de savoir, de vouloir, d'être attentif, de négliger ? » (L. FRANCOIS, « La responsabilité des personnes morales ? », in X., *Le corpus juris au regard du droit belge. Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85).

<sup>53</sup> Ainsi, J.-A. ROUX nous apprend que le terme « défense sociale » usité lors de la rédaction des conclusions du congrès international précité, avait été choisi « pour satisfaire tant aux partisans qu'aux adversaires de la responsabilité pénale des personnes morales » (J.-A. ROUX, « Congrès de Bucarest », *R.I.D.P.*, 1930, p. 6, cité par F. DERUYCK, *idem*). Pour une analyse de ces réticences en droit belge, sous l'angle historique, voy. : A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, pp. 653-657.

personnes morales a quelque part un aspect très audacieux et bouscule très fortement les principes fondamentaux sur lesquels vivent les divers droits des Etats de l'Union européenne »<sup>54</sup>.

### ***b. Les Recommandations R (81)12 et R (88)18 du Conseil de l'Europe et la Convention pénale sur la corruption***

Cette question est revenue en force les dernières décennies<sup>55</sup>, sans aucun doute sous l'influence de la croissance constante de l'activité économique et des phénomènes qu'elle emporte<sup>56</sup>.

La première manifestation internationale formelle de cette opinion est sise dans deux Recommandations adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La première a trait à la criminalité des affaires et a été adoptée le 25 juin 1981<sup>57</sup>. La seconde concerne, quant à elle, « la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités », et date du 20 octobre 1988<sup>58</sup>. Cette dernière part du constat que « (un) nombre croissant d'infractions pénales, commises dans l'exercice des activités des entreprises, (...) occasionnent un préjudice considérable tant

aux particuliers qu'à la société »<sup>59</sup>. Cet état de fait, combiné aux difficultés liées d'une part à l'identification des personnes physiques responsables d'une infraction au sein de sociétés à la structure toujours plus complexe<sup>60</sup> et d'autre part à la diversité exceptionnelle des traditions juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe, conduisit le Comité des Ministres à recommander à ces derniers la mise sur pied d'un système pénal national au sein duquel « (l)es entreprises devraient pouvoir être rendues responsables d'infractions commises dans l'exercice de leurs activités, même lorsque l'infraction est étrangère à l'objet de l'entreprise »<sup>61</sup>. Faisant preuve d'un souci d'harmonisation minimale remarquable, la recommandation fixe une série de règles tenant à l'établissement de la responsabilité<sup>62</sup> ainsi qu'aux sanctions dont il reviendrait d'assortir les infractions des entreprises dotées de la personnalité juridique<sup>63</sup>. Intéressant, certes, mais insuffisant. Le caractère de *soft law* de ces recommandations en a réduit considérablement la portée. Tout d'abord, certains Etats n'ont purement et simplement pas suivi le principe<sup>64</sup>. Ensuite, force est de constater que, même là où il a été mis en œuvre, l'objectif initial, qui était de définir des lignes directrices en vue de rapprocher les législations pénales des Etats, a échoué<sup>65</sup>.

<sup>54</sup> C. DUCOULOUX-FAVARD, « Où se cachent les réticences à admettre la pleine responsabilité pénale des personnes morales ? », in X, *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 434.

<sup>55</sup> '(...) Over the past ten years it has emerged from the cracks between those largely unwidely edifices to claim at least a small building of its own' (C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, préface).

<sup>56</sup> 'The growth of transnational corporations, the product of the dismantling of nationalistic anti-competitive measures and the general de-regulation movements in the US and other major economies from the 1980s onwards, has transformed the entire architecture of legal control of business activities' (C. WELLS, « International Trade in Models of Corporate Liability », *op. cit.*, p. 1).

<sup>57</sup> Recommandation n° R (81) 12, du 25 juin 1981, disponible à l'adresse suivante : [http://www.coe.int/T/CM/WCD/advSearch\\_fr.asp#](http://www.coe.int/T/CM/WCD/advSearch_fr.asp#).

<sup>58</sup> Recommandation n° R (88) 18, du 20 octobre 1988, disponible à l'adresse suivante : [www.coe.int/ta/rec/1988/f88r18.htm](http://www.coe.int/ta/rec/1988/f88r18.htm).

<sup>59</sup> Préambule.

<sup>60</sup> Si ce constat pouvait être fait en 1988, qu'en penser près de dix-sept ans plus tard, surtout au regard de la nouvelle attitude initiée par la Commission européenne, depuis la fin des années quatre-vingt, relativement aux concentrations d'entreprises ?

<sup>61</sup> Point I.1.

<sup>62</sup> Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le point I.4 de la Recommandation n° R (88) 18 stipule que '(l)'entreprise devrait être exonérée de sa responsabilité lorsque sa direction n'est pas impliquée dans l'infraction et a pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir la commission de l'infraction'.

<sup>63</sup> A titre exemplatif, la Recommandation préconise l'introduction, au-delà des classiques sanctions pécuniaires, de mesures telles la suppression d'autorisations, la destitution des membres de la direction, le placement provisoire de l'entreprise sous la responsabilité d'un administrateur désigné par la justice, la destitution des membres de la direction, la fermeture d'entreprise, la dissolution d'entreprise ou encore la publicité donnée à la décision constatant la (les) infraction(s).

<sup>64</sup> Ainsi en va-t-il, sauf du Luxembourg, déjà cité, de l'Autriche, à tout le moins dans les faits (voy. <http://www.oecd.org/dataoecd/2/25/238054.pdf>). L'on mentionnera également la situation quelque peu particulière de l'Italie, qui 's'est dotée d'une curieuse responsabilité des entités personnifiées qualifiée d'administrative et reposant sur une faute pénale avec un texte législatif du 8 juin 2001' (C. DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, p. 433).

<sup>65</sup> Si l'on s'en tient au cadre plus restreint de l'Union européenne, la Commission européenne est ainsi d'avis que '(s)'agissant des

C'est également au Conseil de l'Europe que l'on doit une Convention pénale sur la corruption, du 27 janvier 1999<sup>66</sup>, dont l'article 18 est consacré à la responsabilité des personnes morales. En bref, les Etats parties à la Convention doivent faire en sorte que les personnes morales puissent être tenues responsables « des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux (...), lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein (...) ». Cette Convention s'efforce par ailleurs de préciser que cette responsabilité doit également pouvoir être établie en cas de 'simple' négligence dans le chef de la personne morale et que la mise en place de ce système ne peut aucunement avoir pour effet d'immuniser les personnes physiques lorsque ces dernières sont les 'instigatrices ou complices' des infractions susvisées. L'article 19, second alinéa impose quant à lui que, pour le cas où la responsabilité pénale d'une personne morale est établie, la sanction qui assortit cet état de fait doit être efficace, proportionnée et dissuasive, de nature pénale ou non pénale, en ce compris les sanctions pécuniaires. L'analyse des instruments qui suivent permet de se faire une idée plus précise du cadre dans lequel cette convention s'est inscrite.

### *c. La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*

Une autre organisation internationale, l'OCDE, est en effet à l'origine d'une convention internationale qui touche indirectement au sujet du présent propos. Il s'agit, cette fois, d'un instrument de *hard law*. Le 21 novembre 1997, fut en effet adoptée la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales<sup>67-68</sup>. Aux termes de l'article 2 de cette Convention, « (c)haque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ». L'article 3, second alinéa, relatif aux sanctions, dispose encore que « (s)i, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, cette Partie fait en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers ». Outre le fait que cette Convention est privée d'un effet horizontal, ne trouvant à s'appliquer *rationae materiae* qu'aux seules infractions de corruption d'agents

*sanctions à l'encontre des personnes morales, il existe des différences considérables entre les Etats membres*' (Commission européenne, « Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne », 30 avril 2004, COM/2004/0334 final). Damien VANDERMEERSCH rapporte un constat similaire lorsqu'il écrit : *'Force est de constater qu'à l'heure actuelle, les législations pénales des différents pays ne sont pas uniformisées sur le plan de la responsabilité pénale des personnes morales. Certains pays connaissent ce type de responsabilité tandis que d'autres restent cantonnés à la notion classique de responsabilité des personnes physiques. Même parmi les systèmes juridiques qui ont adopté le principe de la responsabilité pénale de la personne morale, il n'existe pas d'uniformité dans les règles adoptées. Suivant les cas, les législations étrangères ont opté soit pour un système dans lequel la personne physique identifiée ou la personne morale est responsable, l'une à l'exclusion de l'autre, soit pour un système autorisant le cumul limité ou illimité des deux responsabilités. Du point de vue des sanctions, chaque pays est libre dans le choix des peines spécifiques applicables aux personnes morales'* (D. VANDERMEERSCH, « La dimension internationale », in M. NIHOUL (s.l.d.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique- Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique après cinq années d'application*, op.cit., p. 258).

<sup>66</sup> Le texte de cette convention peut être consulté à l'adresse internet suivante : <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/html/173.htm>.

<sup>67</sup> Le texte de cette convention peut être consulté sur le site internet suivant : <http://www.oecd.org/document/21>. Cette convention a été ratifiée par trente-six Etats. Elle a fait l'objet d'une approbation, en Belgique, par la loi du 9 juin 1999 (*M.B.*, 20 novembre 1999, liv. 226, p. 42917).

<sup>68</sup> Pour un commentaire approfondi de cette Convention, voy. : D. FLORE, « L'incrimination de la corruption. Les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 février 1999 », in *Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, n°4, Bruxelles, La Chartre, 1999, 179 p.

étrangers dans la conclusion de transactions commerciales internationales, on relèvera qu'elle n'induit pas spécifiquement la responsabilité *pénale* des personnes morales. L'article 3 commande seulement que, si un tel type de responsabilité est inconnu, les sanctions qui affectent la personne morale se doivent de répondre aux exigences de proportionnalité et de dissuasion déjà évoquées. Pour le reste, c'est en fonction des spécificités de leur régime juridique que les Etats parties ont le devoir d'organiser la responsabilité de l'être moral. Par ailleurs, si cette Convention a le mérite de porter le principe de la responsabilité<sup>69</sup> des personnes morales à un échelon élevé du droit international public, qui plus est au titre d'acte à caractère contraignant, il n'en demeure pas moins qu'elle ne répond en rien à un quelconque objectif d'harmonisation minimale. Sa mise en œuvre est abandonnée à la seule souveraineté des Etats.

#### **d. La Convention des Nations-Unies contre la corruption : un avant-goût de l'universalisme**

Suivant manifestement cet exemple, l'Assemblée Générale des Nations-Unies a, le 31 octobre 2003, adopté une Convention contre la corruption<sup>70</sup>. L'article 26 de cet instrument récent dispose que les parties « adoptent les mesures qui sont nécessaires, conformément à leurs principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions » établies conformément à la Convention<sup>71</sup>. L'article poursuit en disposant que « (s)ous réserve des principes juridiques de l'Etat Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative »<sup>72</sup> et « sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions »<sup>73</sup>.

Enfin, s'agissant des sanctions qui doivent affecter les personnes morales pour le cas où des faits de corruption pourraient leur être reprochés, l'Assemblée Générale des Nations Unies a fait le choix d'une formule identique à

celle de l'OCDE, les sanctions 'de nature pénale ou non pénale' se devant d'être proportionnées et dissuasives, en ce compris pécuniaires. Si le mérite qu'a cette convention de consacrer certains principes essentiels à l'échelon mondial est incontestable, l'on n'en reste pas moins à nouveau sur sa faim: d'une part, l'Etat qui s'est engagé dans cet instrument multilatéral ne se voit nullement invité à instaurer une responsabilité pénale des êtres moraux ; d'autre part, l'œuvre est celle de principes généraux, et ne participe pas (suffisamment) à la création d'une réelle confiance mutuelle des Etats dans leurs systèmes représentatifs respectifs.

#### **e. La justice et les affaires intérieures dans le cadre de l'Union européenne : vers une pleine consécration du potentiel constitutionnel du troisième pilier ?**

Le cadre normatif offert par la coopération judiciaire en matière pénale, au sein de l'Union européenne, ne pouvait demeurer en reste. Un premier pas fut franchi avec l'adoption du Deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes<sup>74</sup>. On l'a dit, cette source de droit international défend, en son troisième article, une « responsabilité des personnes morales d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes : (1°) un pouvoir de représentation de la personne morale ; (2°) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; (3°) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale ; ainsi que la participation à la commission de ce fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux en qualité de complice ou d'instigateur, ou de la tentative de commission de ce fait de

<sup>69</sup> Non autrement définie, comme on vient de le rappeler.

<sup>70</sup> Le texte de cette convention peut être consulté sur le site suivant : [http://www.undoc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/signing/Convention\\_f.pdf](http://www.undoc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention_f.pdf). Suite à une décision du Conseil du 10 mai 2005, la Commission européenne et la Présidence de l'Union européenne ont signé cette Convention, dite « de Mérida », le 15 septembre 2005. Voy. Proposition de décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne, COM(2003) 751 final-non publié au journal officiel. Cette proposition n'a toutefois pas encore été consacrée dans les faits.

<sup>71</sup> Article 26, premier alinéa.

<sup>72</sup> Article 26, second alinéa.

<sup>73</sup> Article 26, troisième alinéa. L'on notera que cette règle, en préconisant la mise sur pied d'un système de cumul des responsabilités, présente un trait d'harmonisation, certes discret mais indéniable.

<sup>74</sup> Voy. *supra*, p. 4, note 22.



fraude ». Plusieurs remarques peuvent être formulées à cet endroit<sup>75</sup>.

En premier lieu, l'on relève que cet instrument n'implique pas obligatoirement une responsabilité pénale des personnes morales. A l'instar des sources précitées, le second Protocole se contentera de l'instauration d'une responsabilité de type administrative, voire civile, dès le moment où les sanctions qui l'assortissent présentent un degré satisfaisant d'efficacité. A preuve, aux termes du Rapport explicatif relatif à ce Protocole, adopté par le Conseil, les sanctions qui s'attachent aux infractions visées « incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions »<sup>76</sup>.

En second lieu, le champ d'application matériel de cette Convention ne se limite pas aux faits de corruption, qui constituaient la pierre angulaire des instruments précités<sup>77</sup>. Cette extension du champ pourrait être plus importante qu'il n'y paraît à première vue puisque la définition de la fraude, empruntée à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, s'avère être particulièrement large.

En troisième lieu enfin, même si l'effort d'harmonisation minimale est patent, l'on ne peut se satisfaire pleinement du résultat obtenu. L'article 3, §1<sup>er</sup> du Protocole fournit les deux critères qui doivent être réunis pour que l'on puisse parler d'infraction par une personne morale, à savoir que l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale<sup>78</sup> et par une personne physique qui exerce un « certain »<sup>79</sup> pouvoir de direction au sein de celle-ci<sup>80</sup>. L'article 3, §2 du Protocole indique qu'une infraction visée au §1<sup>er</sup> « pourrait être

commise par une personne soumise à l'autorité de la personne qui exerce un pouvoir de direction »<sup>81</sup>, les Etats membres étant partant tenus de prévoir des sanctions à l'encontre des personnes morales si le défaut de surveillance ou de contrôle de la part des personnes qui exercent un pouvoir de direction a permis la commission de l'infraction. Pour ce qui est des sanctions, l'harmonisation des législations nationales est relativement peu marquante puisque les seules exigences formulées tiennent au caractère effectif, dissuasif et proportionné des mesures prises. La seule avancée notable touche à la possibilité de saisie, de confiscation ou de retrait en application de l'article 5 du Protocole<sup>82</sup>. Aux termes de ce dernier, « chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour permettre la saisie et, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi, la confiscation ou le retrait des instruments du produit de la fraude, de la corruption active et passive et du blanchiment de capitaux, ou des biens dont la valeur correspond à ce produit ». Et puisque le même Protocole met à la charge des Etats membres une obligation d'instauration de la responsabilité des personnes morales pour de tels faits, l'on doit en conclure que les normes internes relatives aux saisies, confiscations et retraits devront également pouvoir trouver application à l'encontre de ces entités. Une telle disposition ne peut qu'être un bon pas dans la marche vers davantage de confiance mutuelle des Etats membres, en l'occurrence quant à l'effectivité des sanctions prononcées par chacun. Elle ne se confond pourtant pas avec une consécration de la reconnaissance mutuelle des décisions étrangères en matière répressive.

<sup>75</sup> On consultera le Rapport explicatif relatif au Deuxième Protocole, approuvé par le Conseil le 12 mars 1999 (1999/C 91/02, J.O. C, 31 mars 1999, liv. 91/8. Pour un commentaire du cadre juridique créé par la Convention sur la protection des intérêts financiers ainsi que de ses Protocoles, voy. : G. GRASSO, R. SICURELLA, « Considérations critiques sur les propositions du Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », in X., *Le Corpus juris au regard du droit belge. Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 151-193.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 11. Parmi ces autres sanctions, le rapport mentionne 'des mesures complémentaires telles que l'exclusion d'une personne morale de la participation à un marché public'. Les sanctions peuvent ainsi être de nature pénale, administrative ou civile.

<sup>77</sup> Si l'on excepte les deux Recommandations du Conseil de l'Europe.

<sup>78</sup> L'intérêt pouvant être de nature financière ou autre, selon le Rapport explicatif (*idem*, p. 10).

<sup>79</sup> Ce vocable est emprunté au Rapport explicatif.

<sup>80</sup> Les trois hypothèses visées ci-haut précisent ce qu'il convient d'entendre par « pouvoir de direction » au sein de la personne morale. Le Rapport explicatif ajoute : 'En conséquence, pour mettre en œuvre le deuxième protocole, les Etats membres devront introduire dans leur législation nationale l'ensemble de ces trois éléments en fonction desquels le pouvoir de direction peut être déterminé'. Par contre, l'on ne saurait prendre en compte un pouvoir de contrôle qui n'impliquerait aucune possibilité d'influer sur la gestion de la personne morale. Ainsi, le paragraphe premier de l'article 3 'ne couvre pas les personnes extérieures chargées de vérifier les comptes de la personne morale en question, par exemple des personnes employées par des cabinets d'audit' (*idem*, p. 11).

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Sur ces questions, voy. : G. VERMEULEN, « Internationaal strafrechtelijke aspecten bij beslag en verbeurdverklaring », in X., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voorwerpen*, Anvers, Maklu, 2004, pp. 263 à 330.



Cet instrument a constitué le coup d'envoi d'une série d'actes européens tentant d'instaurer, de l'une ou l'autre façon, des régimes internes de sanctions plus aboutis à l'endroit des personnes morales. L'on peut ainsi citer la Décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro<sup>83</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces<sup>84</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains<sup>85</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers<sup>86</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>87</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 22 décembre 2003, relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie<sup>88</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 25 octobre 2004, concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogues<sup>89</sup>, la Décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la fraude dans le secteur privé<sup>90</sup> ou encore, récemment, la Décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information<sup>91</sup>. Si l'on excepte le fait que certaines de ces sources envisagent explicitement d'autres types de

sanctions à l'encontre des personnes morales qui se rendent coupables d'infractions<sup>92</sup>, il y a lieu d'admettre que, à l'instar de la Convention dont elles s'inspirent, elles n'impliquent pas nécessairement une responsabilité pénale et, en tout cas, se gardent bien de fournir les bases d'une confiance réciproque accrue. L'harmonisation n'est ici, en d'autres termes, qu'apparente.

La Décision-cadre du Conseil du 24 février 2005, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, pourrait toutefois constituer une étape importante, puisqu'elle impose en principe que de telles sanctions prononcées contre une personne morale dans un Etat membre soient exécutées dans un autre Etat membre, même lorsque ce dernier ne connaît pas la forme de la responsabilité pénale des êtres moraux<sup>93</sup>. Néanmoins, pendant une période de cinq ans prenant cours le 23 mars 2007, les Etats membres ont la possibilité de limiter l'application de ce principe aux seuls cas où la responsabilité des personnes morales est établie par un texte européen.

Le 25 octobre 2004, la Commission européenne a confirmé ce point de vue, assez discrètement il est vrai, dans son Rapport sur la mise en œuvre par les Etats membres de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles<sup>94</sup>. Même si la Commission doit reconnaître que « hormis le Luxembourg<sup>95</sup> et l'Autriche, tous les Etats membres prévoient la responsabilité des personnes juridiques »<sup>96</sup>, certains griefs peuvent être formulés à

<sup>83</sup> 2000/383/JAI, J.O. L 140, du 14 juin 2000, pp. 1 à 3 (voy. les articles 8 et 9).

<sup>84</sup> 2001/413/JAI J.O. L 082, du 2 juin 2001, pp. 1 à 4 (voy. les articles 7 et 8).

<sup>85</sup> 2002/629/JAI, J.O. L 203, du 1<sup>er</sup> août 2002, pp. 1 à 4 (voy. les articles 4 et 5).

<sup>86</sup> 2002/946/JAI, J.O. L 328, du 5 décembre 2002, pp. 1 à 3 (voy. les articles 2 et 3).

<sup>87</sup> 2002/475/JAI, J.O. L 164, du 22 juin 2002, pp. 3 à 7 (voy. les articles 7 et 8).

<sup>88</sup> 2004/68/JAI, J.O. L 13, du 20 janvier 2004, pp. 44 à 48 (voy. les articles 6 et 7).

<sup>89</sup> 2004/757/JAI, J.O. L 335, du 11 novembre 2004, pp. 8 à 11 (voy. les articles 6 et 7).

<sup>90</sup> 2003/568/JAI, J.O. L 192, du 31 juillet 2003, pp. 54 à 56 (voy. les articles 6 et 7).

<sup>91</sup> 2005/222/JAI, J.O. L 69, du 16 mars 2005, pp. 67 à 76 (voy. les articles 8 et 9). Voy. également : Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la criminalité organisée, COM(2005) 6 final, 19 janvier 2005, articles 5 et 6.

<sup>92</sup> Ainsi, par exemple, la Décision-cadre relative aux attaques contre les systèmes d'information cite, au titre des sanctions que les Etats-membres peuvent infliger, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale, le placement sous contrôle judiciaire ou encore la dissolution. Il est à noter que ces suggestions ne peuvent rencontrer quelque objectif d'harmonisation que ce soit, puisque leur introduction n'est pas exigée.

<sup>93</sup> 2005/214/JAI, J.O. L 76 du 22 mars 2005, pp. 16 à 30 (voy. les articles 12 et 20).

<sup>94</sup> COM (2004) 709, non publié au Journal Officiel.

<sup>95</sup> L'on a déjà relevé que la situation évolue dans ce pays, depuis l'adoption d'une loi relative à la responsabilité des personnes juridiques (voy. *supra*, note 18).

<sup>96</sup> Sur les divergences qui peuvent toutefois être généralement constatées à ce sujet, voy. le Rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 14 de la Décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (SEC (2004) 532).

l'égard de l'exécution qui en a été faite par certains. Ainsi, « trois d'entre eux paraissent (...) ne pas étendre cette responsabilité à toutes les infractions visées dans les instruments (...), omettant par exemple la corruption active ou le blanchiment de capitaux (Portugal), la fraude fiscale et (...) les droits de douane (France) ou encore la fraude qui n'est pas jugée 'sérieuse' (Espagne) ». Qui plus est, « (e)n ce qui concerne la Belgique, le Danemark, l'Irlande, la Suède, le Royaume-Uni, on peut se demander si la responsabilité prévue couvre les cas dans lesquels l'absence de supervision ou de contrôle a rendu l'infraction possible ou dans lesquels l'infraction a été commise par un subalterne »<sup>97</sup>. Mais c'est très nettement au niveau de la nature et de l'étendue des sanctions applicables que, comme on l'a déjà relevé, les différences sont les plus marquantes<sup>98</sup>, ne fût-ce que parce que « la notion de responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas dans le droit de certains Etats membres »<sup>99</sup>.

### 3. L'harmonisation minimale, indispensable source de confiance et nécessaire étape vers la pleine consécration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

Les disparités qui viennent d'être mises en évidence peuvent générer deux types de problèmes<sup>100</sup>. Il y va, d'une part, de la double incrimination (a.), d'autre part, de la reconnaissance des jugements prononcés définitivement à l'étranger contre des personnes morales (b.).

#### a. Les questions liées au principe de double incrimination

Les règles les plus élémentaires du droit pénal impliquent que « les poursuites pour des faits commis à l'étranger sont subordonnées au principe de la double incrimination de l'infraction »<sup>101</sup>. Or, il est un fait que si un Etat incrimine les personnes morales du fait des infractions que ces dernières peuvent commettre, tandis qu'un autre se contente de dénoncer l'existence d'une infraction en son chef sans pouvoir la sanctionner (*societas delinquere potest sed non puniri*) voire même se refuse à admettre un tel fait (*societas non delinquere potest*), l'application de la règle énoncée devrait imposer que le second se refuse à envisager une entraide judiciaire avec le premier. Damien VANDERMEERSCH est toutefois d'une opinion différente. Selon lui, « les demandes d'entraide judiciaire tendant à l'exécution de devoirs d'enquête dans des dossiers mettant en cause des personnes morales devraient recevoir une réponse favorable même de la part des pays qui ne connaissent pas la figure de la responsabilité pénale des personnes morales »<sup>102</sup>. Cet auteur fonde essentiellement son point de vue sur le fait que le magistrat initialement saisi, dans le pays qui requiert l'entraide, connaît avant tout de faits, sa saisine et ses pouvoirs d'investigation étant déterminés par ceux repris dans son acte de saisine. Pour le cas où le magistrat requis objecterait que son système répressif ignore une telle responsabilité, « il suffirait pour le magistrat requérant de retomber sur le principe classique de la responsabilité des personnes physiques pour justifier les devoirs d'enquête

<sup>97</sup> Tel est le cas en Belgique (A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », in M. NIHOUL (s.l.d.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique - Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique après cinq années d'application*, op.cit., pp. 101-102).

<sup>98</sup> La Commission européenne a, de la sorte, décrit un exemple type de spécificité : « Au Royaume-Uni (...), la jurisprudence fonde la responsabilité des personnes morales sur la théorie dite de l'identification. En vertu de cette théorie, il y a identité entre la personne morale et les personnes qui en sont l'âme dirigeante, c'est-à-dire les personnes, cadres ou dirigeants, dont les fonctions au sein de l'entreprise sont telles qu'elles ne reçoivent pas, dans l'exécution de leurs fonctions, d'ordres ou de directives de la part d'un supérieur hiérarchique. La commission d'une infraction par une personne ou un groupe de personnes identifiées à l'organisation constitue donc aussi une infraction de la part de la personne morale » (Commission européenne, « Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne », op. cit., point 3.1.6).

<sup>99</sup> Rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 14 de la Décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, op. cit. Voy. aussi le Rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 14 de la Décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, 20 févr. 2006, COM (2006) final, pp. 6 et 7.

<sup>100</sup> D. VANDERMEERSCH, op. cit., p. 258.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Idem, p. 259.

qu'il sollicite »<sup>103</sup>. L'on ne peut que formuler le souhait que cet idéal se concrétise sans embûches.

L'article, 3, §2 de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale confirme en tout cas que « l'entraide judiciaire est également accordée dans des procédures pénales (et administratives) pour des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale de l'Etat membre requérant »<sup>104</sup>. La double incrimination ne paraît dès lors plus être un prétexte pour refuser l'accomplissement de devoirs judiciaires par l'Etat requis.

En tout état de cause, il est un fait indéniable que la reconnaissance uniformisée de ce type de responsabilité en Europe n'autoriserait plus de tergiversations dans l'exécution pratique des conventions et règles européennes sur l'entraide judiciaire<sup>105</sup>.

### ***b. La problématique de la reconnaissance des jugements prononcés définitivement à l'étranger***

Mais il est un second problème, plus fondamental, à savoir l'exécution à l'étranger des condamnations prononcées à l'encontre des personnes morales. Cette difficulté se pose essentiellement lorsqu'il n'est pas possible d'exécuter, ou d'exécuter totalement une sentence de ce type en se limitant au territoire qui a prononcé la sanction<sup>106</sup>. En effet, l'exécution à l'étranger d'une sanction pénale requiert l'existence de conventions internationales, aujourd'hui quasiment absentes<sup>107</sup>. Il y a là applica-

tion du principe de la légalité des peines. Or, nous sommes d'avis que ce type de problème risque bien d'affecter l'édifice même de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales dans les Etats qui l'organisent. Comment assurer l'effectivité d'une sanction de fermeture d'établissement prononcée contre une multinationale lorsque aucune contrainte ne peut être exercée sur ses structures et ses biens situés sur un territoire étranger ? Comment interdire utilement et globalement à un consortium d'exercer une activité déclarée infractionnelle lorsque le champ territorial de cette dernière dépasse le cadre national au sein duquel la sanction a été judiciairement établie<sup>108</sup> ?

En l'absence d'initiative à une échelle plus large, se pose inévitablement la question de l'apport que peut représenter le troisième pilier de l'Union européenne, dans sa dimension constitutionnelle, à l'effet d'endiguer ces écueils.

Le Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union européenne à Tampere, les 15 et 16 octobre 1999, fut la première occasion pour les Etats membres de discuter en profondeur et exclusivement des matières rangées sous le titre de la justice et des affaires intérieures. Au terme des conclusions qui ont alors été adoptées, il s'est avéré que « la reconnaissance mutuelle est appelée à devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union »<sup>109</sup>. Cette opinion a trouvé rapidement une répercussion au travers de l'adoption d'une Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen

<sup>103</sup> *Idem*, p. 260.

<sup>104</sup> Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *J.O. L* 197, 12 juillet 2000, p. 1. La Décision du Conseil 2005/671/JAI, du 20 septembre 2005, relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes (*J.O. L* 253, 29 sept. 2005, pp. 22 à 24) illustre avec une particulière clarté cette évolution des mentalités, en posant le principe de son application également aux infractions des personnes morales et groupements. Voy. aussi : Proposition de la Commission européenne d'une décision-cadre relative au mandat européen de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, 14 nov. 2003, COM (2003) final, p. 19.

<sup>105</sup> A tout le moins si l'on opte pour une conception *in abstracto* du principe de double incrimination.

<sup>106</sup> D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 261.

<sup>107</sup> A l'heure actuelle, seules deux conventions de ce type sont d'application en Belgique. Il s'agit, d'une part, de la Convention européenne du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées (*M.B.*, 15 décembre 1990), d'autre part de la Convention européenne du 30 novembre 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous conditions (*M.B.*, 31 octobre 1970).

<sup>108</sup> La timidité dont l'Union européenne fait preuve lorsqu'il s'agit de renforcer l'efficacité des décisions pénales affectant les personnes morales est illustrée par la Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil, du 24 février 2005, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (*J.O. L* 68, 15 mars 2005, pp. 49 à 51). L'article 3, §3 de cet instrument se borne en effet à prévoir la possibilité – et non l'obligation – pour les Etats membres d'en étendre les effets aux personnes morales.

<sup>109</sup> M.-H. DESCAMPS, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in X, *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 85.

sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale<sup>110</sup>, ainsi que d'un Programme de mesures destinées à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, du 30 novembre 2000<sup>111</sup>. Nous n'entrerons toutefois pas dans le détail des développements que cette notion a connus, puisque là n'est pas l'objet de notre propos<sup>112</sup>.

L'Europe n'est pas demeurée en reste, par la suite, de rappeler avec force conviction que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales constituait la véritable pierre angulaire de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>113</sup>. Le Programme de La

Haye, adopté par les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union les 4 et 5 novembre 2004, en a constitué une consécration tout autant qu'un approfondissement. D'après ce nouveau programme, la reconnaissance mutuelle s'analyse encore et toujours comme la condition *sine qua non* d'une véritable Europe du citoyen. L'on peut regretter toutefois que ce document n'ait pas davantage insisté sur la nécessité d'une harmonisation minimale en vue de parvenir aux objectifs qu'elle s'assigne : la reconnaissance mutuelle y est effectivement jugée primordiale par rapport à l'élaboration de standards communs.

<sup>110</sup> COM (2000) 495 final, non publié à ce jour.

<sup>111</sup> J.O. 2001 C 12, du 15 janvier 2001.

<sup>112</sup> Marie-Aude BEERNAERT a écrit à ce sujet : *'Dans le cadre du troisième pilier de l'Union européenne, l'on assiste, depuis quelque temps, à un rapprochement progressif des législations nationales en matière pénale. L'idée de base est que pour éviter des disparités trop importantes entre législations nationales et l'apparition de « pays refuges », il conviendrait, en certaines matières, de veiller à ce que des comportements identiques soient sanctionnés de manière comparable dans les différents Etats membres. Cela devrait également faciliter la coopération judiciaire au sein de l'Union, et garantir une plus grande égalité entre les citoyens ainsi que davantage de sécurité juridique'* (M.-A. BEERNAERT, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne », *J.T.*, 2004, liv. 6144, p. 585. Pour davantage d'informations à ce sujet, voy. not. : G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in X., *Vers un espace judiciaire pénal européen - Actes du Colloque organisé les 6 et 7 septembre 1999 par l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université Libre de Bruxelles en collaboration avec le Secrétariat général de l'Union européenne et l'Institut Royal des relations internationales*, Bruxelles, Ed. de l'Université Libre de Bruxelles, 2000, pp. 3-17 ; A. WEYEMBERGH, « Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires – un nouveau défi pour l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 193-201 ; F. TULKENS, « La reconnaissance mutuelle des décisions sententielles. Enjeux et perspectives », in X., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 2001, pp. 165-173 ; J. MESSINNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit belge au regard de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes », in X., *Vers un espace judiciaire pénal européen - Actes du Colloque organisé les 6 et 7 septembre 1999 par l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université Libre de Bruxelles en collaboration avec le Secrétariat général de l'Union européenne et l'Institut Royal des relations internationales*, *op. cit.*, pp. 277-291 ; G. VERMEULEN, F. DHONT, « Harmonisatie van strafrecht en wederzijdse erkenning van gerechtelijke beslissingen in strafzaken », in X., *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2002, pp. 9-31 ; J. VERVAELE, « Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie », *Panopticon*, Nr. 1, pp. 455-479 ; G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, Bruxelles, Institut d'Etudes européennes, 2001, 255 p. ; H. DAMES, *Le concept de droit pénal européen et son évolution dans l'Union européenne à travers l'exemple de la fraude communautaire : vers un code pénal européen et un espace judiciaire commun ?*, Thèse de Doctorat, Louvain-la-Neuve, 2002, 149 p. ; N. WALKER, *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 289 p. ; M. DELMAS-MARTY (s.l.d.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993 ; Ch. ENSCHEDE, *Een uniform Europees strafrecht ? Over grenzen en nationale identiteit*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 41 p. ; A. WEYEMBERGH, « Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences », in X., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2002, pp. 127-143 ; A. WEYEMBERGH, « La reconnaissance et l'exécution des décisions pénales », in X., *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, pp. 457-474 ; U. SIEBER, « A propos du Code pénal type européen », *Rev. dr. pén.*, 11999, pp. 3-34 ; G. VERMEULEN, « Where do we currently stand with harmonisation in Europe ? », in X., *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, pp. 65-76.

<sup>113</sup> L'on relèvera l'initiative prise par le Royaume-Uni, la République française et le Royaume de Suède en vue de l'adoption par le Conseil d'une décision-cadre concernant l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires (J.O. C 278, du 2 octobre 2001, p. 0004-0008). Cette proposition en est toutefois, en l'état actuel des choses, restée au stade de la proposition, mais a fait l'objet d'un avis favorable du Parlement européen.

La Commission européenne était toutefois bien consciente de cette nécessité, et a en conséquence adopté une Communication au Parlement européen, sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres<sup>114</sup>. La Commission y souligne que la confiance réciproque est la clef du bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle, ce qui implique « un niveau élevé de protection des droits des personnes (...) et des mesures pratiques envers les professionnels de la justice renforçant le sentiment d'une 'culture judiciaire commune' »<sup>115</sup>. Des objectifs similaires ont été exprimés dans une autre Communication de la Commission<sup>116</sup>, où l'on insiste sur le fait que « l'Union se base sur des dispositions relatives à la reconnaissance mutuelle et (qu') elle doit prendre des mesures afin d'instaurer une confiance mutuelle entre les Etats membres, en créant des normes procédurales minimales qui garantissent notamment le droit de la défense »<sup>117</sup>. Ainsi, ces instruments expriment la toute particulière conscience du phénomène selon lequel, en matière pénale plus qu'ailleurs, le rapprochement de la législation et la création des normes minimales de procédure sont indispensables afin d'améliorer le regard que les systèmes répressifs se portent les uns aux autres. La Commission conclut donc qu'elle « souhaite harmoniser certaines dispositions législatives (et notamment pour) que les décisions de justice, objet de la reconnaissance mutuelle, répondent à des standards élevés en termes de garantie des droits des personnes, tels que la présomption d'innocence, l'encadrement des décisions *in absentia*, les règles minimales pour le recueil de

la preuve, etc. »<sup>118</sup>. Et la Commission de promouvoir, par la même, la poursuite de la réflexion dans ces domaines.

Nous l'avons dit et répété, s'agissant de la responsabilité pénale des personnes morales, cette confiance ne peut exister à ce jour. Pour reprendre les justes termes du Professeur WEYEMBERGH, les mesures qui ont été évoquées dans la seconde section de cette contribution ne sont que des harmonisations « de surface », voire de façade<sup>119</sup> : « (...) les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ne touchent généralement pas aux aspects du droit pénal liés aux incriminations et, lorsqu'ils y touchent malgré tout, leur formulation est extrêmement vague, de sorte qu'il n'est pas possible de considérer qu'ils emportent un réel rapprochement »<sup>120</sup>. Les normes, dans le peu qu'elles ont imposé, n'ont en tout cas pas donné aux Etats les outils concrets nécessaires à l'effet de garantir une efficacité minimale.

Il est donc grand temps, si l'on souhaite faire progresser la cristallisation de l'espace pénal européen, de travailler en profondeur la matière de la responsabilité pénale des personnes morales, tout en se gardant de contrevenir à l'impératif de subsidiarité du traité de Maastricht<sup>121</sup>. Ceci doit passer par des discussions, entre Etats membres<sup>122</sup>, à l'effet de dégager quels sont les problèmes rencontrés dans la mise en œuvre de cette responsabilité et, plus fondamentalement encore, circonscrire les lignes directrices sur lesquelles il conviendrait de trouver une entente dans le but de renforcer leur confiance réciproque. Ceci s'inscrit résolument dans les objectifs que la Commission européenne s'est fixés<sup>123</sup>.

<sup>114</sup> COM (2005) 195 final, non publié à ce jour.

<sup>115</sup> <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l16001.htm>.

<sup>116</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Le Programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice (COM (2005) 184 final).

<sup>117</sup> <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l16002.htm>.

<sup>118</sup> <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l16001.htm>.

<sup>119</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 2004, p. 194.

<sup>120</sup> L'auteur cite à titre exemplatif, en note 80, plusieurs des instruments qui ont été étudiés plus haut et qui portent notamment sur la responsabilité des personnes morales.

<sup>121</sup> Nous sommes d'opinion que les normes harmonisées doivent être limitées à ce qui est strictement nécessaire à l'effet de créer la confiance, et ne pas indûment empiéter sur les particularismes propres à chacun des régimes répressifs des Etats membres.

<sup>122</sup> Ou à tout le moins ceux d'entre eux qui ne ferment pas la porte à l'idée d'un tel type de responsabilité.

<sup>123</sup> *« En ce qui concerne le renforcement de la confiance mutuelle par des mesures d'accompagnement pratiques, la Commission souhaite renforcer les mécanismes d'évaluation pour apprécier effectivement les besoins concrets de la justice, notamment pour identifier quels sont les obstacles potentiels, préalablement à l'adoption de nouveaux instruments. Elle souhaite également évaluer les conditions pratiques spécifiques à la mise en œuvre des instruments adoptés par l'UE, en particulier la meilleure pratique (« best practice ») et notamment la façon dont ils répondent aux besoins précités. Il s'avère particulièrement important d'améliorer la compréhension mutuelle entre les*



Il est sans doute encore précoce de vouloir définir l'exacte forme que prendraient idéalement des mesures en ce sens<sup>124</sup>. Mais il est clair que les articles 29 et suivants du traité sur l'Union européenne fournissent des perspectives. Ainsi, la Commission a d'ores et déjà annoncé le dépôt, en 2007, d'une proposition de décision-cadre visant à fournir une définition commune de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>125</sup>. Une autre solution pourrait consister en l'élaboration de conventions par le Conseil<sup>126</sup>, dont l'adoption serait recommandée aux Etats membres<sup>127</sup>. Un tel procédé présenterait l'avantage de permettre aux Etats les plus en accord sur la matière de progresser, tout en ne fermant pas la porte aux autres. Par ailleurs, quelles que soient les mesures prises, faculté est également offerte à huit Etats membres au moins, en vertu de l'article 43 du Traité sur l'Union européenne, d'établir entre eux une coopération renforcée en matière de justice et d'affaires intérieures<sup>128</sup>. A nouveau, les termes du traité imposent que de tels cercles de coopération ne soient point fermés aux Etats qui souhaiteraient y accéder. Encore convient-il de relever que, en principe, cette solution ne peut être envisagée qu'en dernier ressort, à partir du moment où aucun accord n'a pu être dégagé au sein du Conseil<sup>129</sup>.

Il va de soi que, si l'Union constitue, à n'en pas douter, le premier cadre normatif qui vient à l'esprit s'agissant de la création progressive de cette reconnaissance mutuelle, il n'est pas le seul envisageable. L'idée pourrait être défendue d'une normativité à étages multiples, faite de mesures prises au titre de l'Union, mais complétées par des Conventions d'harmonisation minimale au niveau du Conseil de l'Europe, voire de l'OCDE.

Cet enchevêtrement ne peut qu'être la source d'une amélioration de l'entraide judiciaire en matière pénale et, partant, de l'efficacité de l'ensemble des systèmes pénaux nationaux.

#### 4. Conclusion

La présente contribution a été l'occasion de mettre en évidence l'utilité et la faisabilité de normes européennes ou, plus généralement, internationales, dans la matière sensible de la responsabilité pénale des personnes morales. Finalement, trois sentiments concluent le propos. Il y va d'une certitude, d'une hésitation, et d'un espoir.

La certitude, tout d'abord, tient aux conditions minimales qui entourent le développement harmonieux de l'espace judiciaire pénal européen, celui de la liberté, de la sécurité et de la justice. S'il entend préserver quelque efficacité, il est apparu avec la force de l'évidence qu'il doit s'en donner les moyens, notamment en ne limitant pas ses mesures communes à des pétitions de principes, des formules aléatoires, des châteaux de carton. Car de deux choses l'une, ici comme ailleurs, soit l'on s'engage dans la création de cet espace, ce qui suppose que l'on se perçoive, à tout le moins sur de nombreux points, comme membres d'une seule et même famille d'Etats ; soit l'on s'en tient à des regards mutuels indépendants sur ces questions et on limite l'appartenance à l'économie et ses dérivés. L'Europe pénale ne pourra plus s'accommoder indéfiniment des demi-mesures.

Une incertitude, voire plusieurs incertitudes, ensuite.

*autorités judiciaires, et à cette fin, la Commission préconise la poursuite de la mise en réseau des professionnels de la justice (...)'* (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l16001.htm>).

<sup>124</sup> Une toute particulière prudence s'impose d'ailleurs dans l'élaboration de normes établissant des standards communs en matière pénale, au titre de l'Union européenne. Ainsi, l'article 34, §2, point b) du traité sur l'Union européenne empêche-t-il d'aller trop loin, en principe, dans les volontés d'intégration puisqu'il précise que les décisions-cadres ne peuvent être prises qu'aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats Membres. La Cour d'arbitrage belge a d'ailleurs posé récemment une question en ce sens à la Cour de justice, à propos de la validité de la décision-cadre du Conseil de l'Union relative au mandat d'arrêt européen (C.A., arrêt n° 124/2005, du 13 juillet 2005, voy. p. 14). Cet arrêt présente aussi un intérêt pointu à propos de la légalité du mandat d'arrêt européen, en ce que ce dernier supprime l'exigence de double incrimination entre Etats membres et contreviendrait ainsi au principe de la légalité du droit pénal, ainsi qu'à ceux tenant à l'égalité et à la non-discrimination.

<sup>125</sup> Communication de la Commission du 19 mai 2005 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM (2005) 195 final, p. 8).

<sup>126</sup> Article 34, 2, d).

<sup>127</sup> Ces actes, quels qu'ils soient, seraient fondés en outre sur l'article 31, 1, e) du Traité sur l'Union européenne.

<sup>128</sup> Voy. à ce sujet : G. DE KERCHOVE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures », in X., *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université catholique de Louvain, 1998, pp. 287-295.

<sup>129</sup> Article 43 A.



L'on aborde ici la délicate question du « comment » ; les Etats ne s'étant pas encore accordés sur le principe de la répression des êtres moraux, il est bien difficile de supputer dès à présent quelles formes prendront d'éventuels mais souhaitables instruments internationaux en cette matière. Plus, il n'est pas permis aujourd'hui de préciser avec exactitude ce sur quoi les règles minimales devront porter. Une chose est certaine : le cadre normatif offert par le troisième pilier de l'Union européenne est une aubaine, dont les potentialités constitutionnelles ne sauraient être niées. Il est dès lors temps de mettre sur pied des réflexions de fond, unissant les milieux universitaires,

judiciaires et européens au sens large du terme, pour lui donner l'écho qu'il mérite.

Un espoir enfin. Au-delà de la dialectique juridique, voire académique, l'efficacité des sanctions à l'encontre des personnes morales pose un problème de société. Dans un monde voué à l'échange et à la transaction, le risque est grand que les opérateurs économiques ne profitent du retard pris pour fuir leur responsabilité, voire la dissimuler. Le moment est venu de dépasser les querelles conceptuelles, et de faire face aux réalités sans cesse changeantes du monde qui nous entoure. L'Europe du citoyen est à ce prix.